

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative

Nihoul, Marc

Published in:
C.D.P.K.

Publication date:
1999

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 1999, 'Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative: l'eau et le feu ? Note sous S.L.C.E., avis n° A.78.976/VIII-9-1213 sur une demande formulée le 12 juin 1998, par le Ministre de la santé publique, en application de l'article 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat', *C.D.P.K.*, p. 363-364.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Conseil d'Etat, section d'administration,
avis donné le 10 décembre 1998 sur
une demande formulée le 12 juin 1998,
par le Ministre de la Santé Publique,
en application de l'article 9 des lois
coordonnées sur le Conseil d'Etat*

FUNCTION PUBLIQUE - AGENTS CONTRACTUELS - MISSIONS DE POLICE JUDICIAIRE OU ADMINISTRATIVE (NON)

OPENBAAR AMBT - CONTRACTUEEL PERSONEEL - GEEN TAKEN VAN GERECHTELIIKE OF BESTUURLIJKE POLITIE

"sauf si une loi particulière le permettait expressément, des agents contractuels ne sont pas habilités à exercer les missions de police judiciaire ou administrative"

Siège: Geus (président de chambre), Daumont et Gehlen (conseillers d'Etat)

(...)

Par une lettre du 12 juin 1998, le Ministre de la Santé publique soumet à la section d'administration, en application de l'article 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la question suivante, dont il indique qu'elle est non litigieuse: des agents contractuels peuvent-ils ou non "accomplir des fonctions de police judiciaire et/ou de police administrative et, dans l'affirmative, quelles en seraient les limites ?". Il a été précisé que les fonctions visées sont des fonctions de surveillance exercées, notamment, dans le cadre de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits, et de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments.

Selon l'article 11, § 1er, de la loi précitée du 24 janvier 1977, "sans préjudice des attributions des officiers de police judiciaire, le bourgmestre ou son délégué, ainsi que les fonctionnaires et agents désignés à cette fin par le Roi surveillent l'exécution de la présente loi ainsi que des arrêtés pris en exécution de la présente loi". Dans l'exercice de cette

mission de surveillance, ceux qui en sont chargés peuvent pénétrer dans les lieux affectés au commerce ou servant à la fabrication des denrées, exiger la production de documents, constater des infractions dans des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire, dénoncer des faits au Procureur du Roi, adresser un avertissement au contrevenant.

Des missions de même nature sont confiées par l'article 14 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments "sans préjudice des attributions des officiers de police judiciaire", aux "fonctionnaires et agents du ministère de la santé publique et de la famille désignés à cette fin par le Roi".

Dans les deux dispositions qui viennent d'être citées, il est question des "fonctionnaires et agents" qui sont "désignés à cette fin par le Roi". Ces termes peuvent-ils viser des personnes recrutées par contrat?

Etant donné que ces dernières sont en général qualifiées d'"agents contractuels", il convient en premier lieu de s'interroger sur une éventuelle différence entre les "fonctionnaires" et les "agents". A l'origine, le premier de ces termes désignait les agents du niveau 1. Actuellement, les deux termes sont indistinctement utilisés pour désigner la qualité de ceux qui sont nommés ou qui prestent leurs services à titre définitif dans une administration de l'Etat ou un ministère régional ou communautaire. Ils sont en principe soumis à un régime statutaire qui détermine, entre autres, les conditions d'admissibilité au recrutement ainsi que les droits et obligations de ceux qui sont soumis au statut: ils sont nommés par un acte unilatéral et tant l'accès à la fonction que les modalités d'exercice de celle-ci échappent aux tractations contractuelles. Les personnes engagées sous les liens d'un contrat d'emploi ne répondent donc pas à la définition que donnent les différents statuts de l'agent ou du fonctionnaire; ils ne sont pas désignés unilatéralement et, de surcroît, le contrat détermine les modalités d'exercice de la fonction et il forme la loi des parties; une modification dans ces modalités doit être acceptée par le cocontractant, sous peine d'être considérée comme une rupture abusive du contrat.

Dans la fonction publique, le régime statutaire est la règle et le contrat l'exception. C'est le principe qu'expriment la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique

et l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des gouvernements de Communauté et de Région et du Collège de la Commission communautaire commune, ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent. La loi elle-même indique quand il peut être recouru au contrat comme mode d'engagement du personnel; s'agissant de la fonction publique fédérale – seule visée par la question – on notera que l'article 4, § 1er, de la loi précitée du 22 juillet 1993 permet de recourir à l'engagement contractuel "aux fins exclusives:

1. de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en oeuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail;
2. de remplacer des agents qui n'assument pas leur fonction ou ne l'assument qu'à temps partiel, et ce sans préjudice de la possibilité de remplacer un agent statutaire par un autre agent statutaire;
3. d'accomplir des tâches auxiliaires et spécifiques".

En exécution de l'article 4, § 2, 2°, de la loi du 22 juillet 1994, le Roi a, par un arrêté royal du 1er février 1993 (Moniteur belge du 25 février 1993), déterminé les tâches auxiliaires et spécifiques visées à l'article 4, § 1er, 3°; cet arrêté royal a été modifié à plusieurs reprises. Les tâches énumérées par cet arrêté royal ne comportent pas celles qui consistent à rechercher, constater et poursuivre des infractions pénales ou des faits donnant lieu à des sanctions administratives établies par la loi, de sorte que l'article 4, § 1er, 3°, précité, ne peut constituer le fondement légal permettant de recruter des contractuels pour ces missions. En revanche, la loi du 22 juillet

1993 n'exclut pas expressément l'engagement temporaire de personnes sous contrat, dans les hypothèses décrites aux 1° et 2° de la même disposition.

Indépendamment de la vérification au cas par cas de la conformité aux critères énoncés par ces dispositions (besoins exceptionnels et temporaires en personnel ou remplacement d'agents qui n'assument pas leurs fonctions ou ne l'assument qu'à temps partiel), il faut se demander si la nature même des fonctions s'accommode du recours au contrat pour le recrutement des agents qui en sont chargés.

Parmi les agents et fonctionnaires, une distinction est traditionnellement opérée entre ceux qui exercent une parcelle de la puissance publique et les autres. Cette distinction est mise en lumière lorsqu'il s'agit d'apprécier si une condition de nationalité peut être imposée pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique: il est admis qu'elle le soit lorsque la fonction implique la mise en oeuvre d'une parcelle de l'autorité publique. Pareille fonction est, par sa nature, en dehors des tractations individuelles et est, par conséquent, réservée à ceux qui, investis de la qualité d'agent ou de fonctionnaire au sens défini ci-dessus, se trouvent dans une situation statutaire.

Il ne fait pas de doute que les missions de police judiciaire et administrative rentrent dans la catégorie des fonctions qui traduisent l'exercice d'une parcelle de la puissance publique; les prérogatives qu'elles emportent sont exorbitantes du droit commun. Il s'ensuit que, sauf si une loi particulière le permettait expressément, des agents contractuels ne sont pas habilités à exercer les missions de police judiciaire ou administrative.

En conclusion, la question posée appelle une réponse négative. (...)

Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative : l'eau et le feu ?

L'avis annoté a été rendu sur pied de l'article 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. La procédure n'est pas habituelle. Il faut dire que seules les autorités citées à l'article 4 des lois coordonnées sont habilitées à la mettre en branle¹, à l'exclusion du particulier. La procédure permet de sou-

mettre à l'avis de la section d'administration du Conseil d'Etat toutes questions ou affaires d'ordre administratif mais non litigieuses².

De toute évidence, il ne faut pas attendre une audace particulière de la part du Conseil d'Etat

dans le cadre de pareille procédure. Sans doute l'avis rendu n'est-il pas contraignant comme tel. Mais l'on pressent qu'il engage pour l'avenir dans une certaine mesure. La prudence qui caractérise la Haute juridiction en sort inévitablement renforcée à due concurrence.

L'avis rendu le 10 décembre 1998 a le mérite d'être clair. A la question de savoir si des agents contractuels peuvent accomplir des fonctions de police judiciaire et/ou administrative, et le cas échéant dans quelles limites, la section d'administration du Conseil d'Etat a répondu par la négative. A son estime, la nature même des fonctions considérées ne s'accommode pas du recours au contrat pour le recrutement des agents qui en sont chargés.

Pour arriver à cette conclusion, le Conseil d'Etat s'est d'abord penché sur les textes particuliers en vigueur. Mais il n'y a pas trouvé la solution attendue. Il a relevé que les fonctions considérées participent d'une mission de surveillance pouvant amener ceux qui en sont chargés à pénétrer dans des lieux affectés au commerce ou servant à la fabrication de denrées, exiger la production de documents, constater des infractions dans des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire, dénoncer des faits au procureur du Roi, adresser un avertissement au contrevenant. Il a pris acte de ce que les deux lois concernées procèdent de manière très imprécise pour désigner les personnes chargées de cette mission. Elles réfèrent purement et simplement aux "fonctionnaires et agents (de tel ministère) désignés à cette fin par le Roi".

La question qui se pose est bien de savoir si, dans ces conditions, le Roi peut désigner un agent contractuel pour remplir ce genre de mission, comportant ce type de fonctions.

Le Conseil d'Etat semble donner aux termes "fonctionnaires et agents" une portée limitée (une interprétation restrictive) qu'ils n'ont pas en apparence. A son estime, les deux termes seraient aujourd'hui indistinctement utilisés pour désigner

la qualité de ceux qui sont nommés ou qui prestatent leurs services à titre définitif dans une administration de l'Etat ou un ministère régional ou communautaire. Les personnes engagées sous les liens d'un contrat d'emploi ne répondraient pas à cette catégorie d'agents³. Il n'est pourtant pas manifeste que les contractuels ne sont pas également des agents. Sur ce point, le raisonnement n'est pas suffisamment convainquant. Car en principe, le "juge" ne peut pas distinguer là où le législateur ne distingue pas.

Vraisemblablement consciente du caractère lacunaire des textes particuliers – il serait évidemment souhaitable que le législateur précise à l'avenir sa pensée, voire intervienne de manière générale et abstraite afin de vider cette question avec toute la clarté requise –, la section d'administration tente alors de se raccrocher aux textes généraux relatifs à la fonction publique. Certes, le régime statutaire y est la règle et le contrat l'exception. Mais cela n'est pas encore suffisant pour étayer la solution pressentie. Dès lors qu'un agent contractuel peut être engagé pour remplacer un agent statutaire qui n'assume pas sa fonction ou ne l'assume qu'à temps partiel – à noter que la loi précise ici le caractère statutaire de l'agent –, il est permis de se demander s'il est bien légal que le remplacement emporte une restriction de la fonction à remplir.

A défaut pour le législateur d'avoir été d'un grand secours, malgré que l'enjeu soit de taille, le Conseil d'Etat est irrésistiblement amené à poser une question d'opportunité et à y répondre "avec les moyens du bord": la nature même des fonctions considérées s'accommode-t-elle du recours au contrat pour le recrutement des agents qui en sont chargés ?

Le dispositif de la réponse paraît clair: "sauf si une loi particulière le permettait expressément, des agents contractuels ne sont pas habilités à exercer les missions de police judiciaire ou administrative". En l'espèce, il s'agit toutefois d'une réponse de normand. En effet, l'ensemble du raisonnement qui précède révèle précisément que le texte pourrait très bien être interprété comme habilitant les

¹ Les ministres, les membres des gouvernements communautaires et régionaux, les membres du collège de la commission communautaire française et ceux du collège réuni de la commission communautaire commune de Bruxelles.

² M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 131 à 133; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 133 à 137; M. VAN DAMME, "De vergeten bevoegdheden van de Raad van State", in *Liber amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, pp. 737 à 740, n° 8 à 11.

³ Plusieurs critères de définition sont épinglés: le régime statutaire (conditions d'admissibilité au recrutement, droits et obligations), nomination unilatérale, accès à la fonction et modalités d'exercice hors contrat. L'endroit n'est pas indiqué pour discuter de leur pertinence au regard des fonctions considérées.

agents contractuels à exercer des missions de police judiciaire ou administrative.

Le dispositif est d'autant plus surprenant que les quelques lignes le précédant font état de considérations très éloignées du droit positif. Les arguments avancés procèdent de la pure tradition. Non content de distinguer les fonctionnaires et agents, d'une part, des agents contractuels, d'autre part, sans avancer un texte clair pour en asseoir l'autorité, le Conseil d'État opère une nouvelle distinction parmi les agents et fonctionnaires - dont doivent logiquement être exceptés les agents contractuels -, sous le couvert de la seule tradition, selon qu'ils exercent ou non une parcelle de la puissance publique.

À l'estime de la Haute juridiction, il ne fait pas de doute que les missions de police judiciaire ou administrative sont des prérogatives de puissance publique. Elles sont "exorbitantes du droit commun". Pareilles fonctions sont, par nature, "en dehors des tractations individuelles". Elles sont "donc" réservées à ceux qui, investis de la qualité d'agent ou de fonctionnaire, se trouvent dans une situation comparable, à savoir une situation statutaire, également en dehors des tractations individuelles. Le lien est de la sorte assuré entre fonction publique et puissance publique.

Ce que le Conseil d'État ne dit pas, en revanche, c'est sur quelle base légale il se fonde pour en arriver à distinguer, parmi les fonctionnaires et agents, ceux qui sont investis de la puissance publique "et les autres". Certes, cette distinction trouve une application en droit européen. Selon la *jurisprudence* bien connue de la Cour européenne de justice, une condition de nationalité ne peut être imposée pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique que lorsque celui-ci emporte l'exercice d'une parcelle de la puissance publique. L'argument est-il toutefois pertinent lorsque la question est posée en droit interne ?

Au demeurant, la nature du raisonnement tenu par le Conseil d'État eut gagnée à être plus explicite. Il s'agit en effet d'un raisonnement *a fortiori*. Le dispositif de l'avis revient à considérer que puisque tout fonctionnaire au sens strict du terme ne peut pas être considéré comme étant investi d'une parcelle de la puissance publique, *a fortiori* un agent contractuel ne peut pas l'être non plus.

Un tel raisonnement n'est pas satisfaisant. Il repose sur des arguments *iusnaturalistes*⁴ et d'autorité. Il eut été préférable, semble-t-il, de situer le débat sur le terrain des pouvoirs. La solution donnée au problème posé ne peut en effet pas être écartée de l'interprétation des textes, même si leur formulation n'est pas toujours suffisamment rigoureuse⁵.

⁴ Le souci de maintenir un lien entre fonction publique et puissance publique transparait également dans la jurisprudence de la Cour de cassation, à partir d'arguments tout aussi péremptoirs, en dépit de l'approche particulière dictée par la nature du contentieux. Pour la Cour, en effet, il s'agit surtout de distinguer les agents nommés des contractuels pour déterminer le régime juridique qui leur est applicable. De longue date, la Cour de cassation a considéré que certains emplois publics sont, en raison de leur nature, en dehors des tractations individuelles. La proximité des fonctions de puissance publique à la fonction publique est spécialement soulignée à cette occasion. À cet égard, sous l'angle particulier propre aux excellentes recherches de l'auteur, voy. M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, n° 89, pp. 114 et 115, ainsi que ses remarques critiques et pertinentes sur l'attribution d'un caractère normatif à la nature des choses, pp. 126 à 132, n° 93 à 95.

⁵ Comp. l'avis L. 25.282/1 rendu par la section de législation du Conseil d'État le 4 juillet 1996 à propos d'un projet d'arrêté du Gouvernement flamand pris en exécution de la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, "waarbij sommige ambtenaren en contractuele personeelsleden bevoegd worden verklaard om de inbreuken op de reglementering met betrekking tot de ruimtelijke ordening en de stedenbouw op te sporen en vast te stellen". À l'estime du conseil, "Dit artikel machtigt niet alleen bepaalde ambtenaren van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap doch ook contractuele personeelsleden, tewerkgesteld bij deze administratie, om de in het ontwerp bedoelde artikel 66, eerste lid, van de wet van 29 maart 1962 zijn, behalve de ambtenaren van gerechtelijke politie, "de ambtenaren en beambten belast met het beheer en de politie over de wegen, de door de provinciegouverneur aangewezen technische ambtenaren en beambten van de gemeenten of verenigingen van gemeenten, alsmede de ambtenaren en beambten die daartoe door de minister zijn aangewezen, bevoegd om de (voornoemde) misdrijven ... op te sporen en vast te stellen door een proces-verbaal". Uit deze wetsbepaling volgt dat er geen rechtsgrond voorhanden is om, zoals in het ontwerp, ook contractuele personeelsleden van de bedoelde administraties bevoegd te maken voor opsporing en vaststelling van de in de artikelen 64, 64bis, 66, vierde lid, vijfde lid, van de voornoemde wet van 29 maart 1962 omschreven misdrijven".

Or, les pouvoirs concernés par l'avis sont particulièrement sensibles. Ils sont susceptibles de mettre en danger les droits et les libertés directement protégés par la Constitution, en particulier le droit d'aller et de venir en toute liberté, et le droit de propriété. Dans la Constitution, ces droits et libertés trouvent une protection particulière, notamment dans l'intervention requise du législateur pour en régler l'exercice. L'on est donc en droit d'attendre de la part du législateur une intervention claire et précise pour investir de fonctions suffisamment limitées certains agents suffisamment déterminés. C'est ce que permet de considérer le principe de la délégation des pouvoirs. Cette dernière est d'interprétation stricte. Elle emporte une série de critères d'évaluation permettant, au besoin, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi de délégation. La seule exigence, dans l'état actuel des compétences de la Cour d'arbitrage, est de rattacher l'argument aux articles 10 et 11 de la Constitution.

En somme, on ne peut pas dire que le Conseil

d'État n'ait pas vu juste ou n'ait pas apprécié correctement les enjeux de la question posée. Bien au contraire. Mais peut-être aurait-il pu serrer davantage son raisonnement autour de la Constitution, au lieu de se référer dangereusement à une notion - la puissance publique - dont on sait que, par le passé, elle a permis d'exclure tout contrôle judiciaire des actes "publics" posés par l'administration.

Le message adressé par le Conseil d'État au législateur n'en est pas moins clair. Et l'on peut difficilement en critiquer toute la mesure et toute la prudence, dans un État de droit soucieux de la protection des libertés et des droits individuels. Si le législateur souhaite habiliter les agents contractuels à exercer les missions de police judiciaire ou administrative, il doit le faire de manière expresse et sans aucune ambiguïté. Une manière respectueuse pour le Conseil d'État de renvoyer la balle dans le camp du législateur.

Marc NIHOUL

Raad van State, 20 februari 1998

VRIJHEID VAN MENINGSUITING - VERBOD OM HET NORMALE VERLOOP VAN EEN FEEST TE STOREN - VERBOD OM SPANDEKEN BINNEN TE BRENGEN, TE DRAGEN, TE ONTVOUWEN OF TE TONEN - GEEN MOEILIK TE HERSTELLEN ERNSTIG NADEEL

Hoewel het verbod om tijdens een bepaalde feestactiviteit spandoeken te ontvouwen of door luid te roepen het normale verloop van het feest onmogelijk te maken, te vertragen, te hinderen of gevaarlijk te maken, een zekere beperking oplegt aan de wijze waarop het grondwettelijk gewaarborgd recht van vrije meningsuiting uitgeoefend wordt, is er geenszins een absoluut verbod uitgevaardigd om uiting te geven aan een bepaalde mening. Bovendien zijn er nog andere wijzen voor het uiten van een mening dan door middel van spandoeken.

LIBERTE D'EXPRESSION - INTERDICTION DE DERANGER LE COURS NORMAL D'UNE FÊTE - INTERDICTION DE FAIRE ENTRER, DE POR-

TER, DE DEPLIER OU DE MONTRER DES BANDEROLES - ABSENCE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

A.R. : 71.984
Zet. : A. Vandendriessche
(wnd. kamervoorzitter)
Aud. : F. De Buel
Adv. : Mters. Smeets, Verstraeten en De Brouwer

(v.z.w. Gaia / Stad Geraardsbergen)

(...)

Gezien het verzoekschrift dat de v.z.w. GAIA op 20 februari 1998 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 19 februari 1998 van de burgemeester van de stad Geraardsbergen waarbij met onmiddellijke ingang een politieverordening wordt uitgevaardigd houdende het verbod om zondag 22 februari 1998 "op het Krakelingenfeest: - spandoeken, al dan niet voorzien van stokken of andere stevige elementen binnen te brengen, te dragen, te ontvouwen of te tonen;